

---

**COUR DE CASSATION 24 JUIN 2013**


---

**BREVET**

**Brevet européen – Convention sur le brevet européen – Contrefaçon – Décision d’annulation frappée d’appel – Juge des référés**

*Le juge des référés, appelé à interdire provisoirement des actes de contrefaçon, peut raisonnablement, pour établir l’existence des droits apparents de la demanderesse, avoir égard au brevet européen dont elle est titulaire même s’il a été annulé par une décision du tribunal de commerce, aussi longtemps qu’il n’a pas été statué définitivement sur l’appel dirigé contre cette décision d’annulation.*

**Eurogenerics SA/H. Lundbeck A/S, société de droit danois et Lundbeck SA**

**Siég.: A. Fettweis (président de section), M. Regout, A. Simon, M. Delange et S. Geubel (conseillers)**

**MP: H. Vanderlinden (avocat général)**

**Pl.: Mes. P.A. Foriers et M. Grégoire**

**Aff.: C.12.0450.F**

**I. La procédure devant la Cour**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l’arrêt rendu le 27 juin 2012 par la cour d’appel de Bruxelles.

Par ordonnance du 3 juin 2013, le premier président a renvoyé la cause devant la 3<sup>e</sup> chambre.

Le 5 juin 2013, l’avocat général J.M. Genicot a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller M. Regout a fait rapport et l’avocat général H. Vanderlinden a été entendu en ses conclusions.

**II. Le moyen de cassation**

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants:

**Dispositions légales violées**

– articles 24, 26 et 584, alinéa 2, du Code judiciaire;

– article 51, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d’invention;

– articles 5 et 15, spécialement § 2, du règlement (CE) n° 469/2009 du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments (version codifiée) et, pour autant que de besoin, articles 5 et 15, spécialement § 2, du règlement (CEE) n° 1768/92 du Conseil du 18 juin 1992 concernant la création d’un certificat complémentaire de protection pour les médicaments;

– articles 1349, 1350, 3°, et 1352 du Code civil.

**OCTROOI**

**Europees octrooi – Europees octrooiverdrag – Algemeen – Namaak – Beslissing tot nietigverklaring waartegen beroep – Rechter in kort geding**

*De rechter in kort geding, die als taak heeft de handelingen van namaak voorlopig te verbieden, kan, om het bestaan van de ogenschijnlijke rechten van de eiseres vast te stellen, redelijkerwijs rekening houden met het Europese octrooi, waarvan zij houdster is, zelfs als een beslissing van de rechtbank van koophandel dat octrooi nietig heeft verklaard, zolang geen definitieve uitspraak is gedaan over het hoger beroep tegen die beslissing van nietigverklaring.*

**Décision et motifs critiqués**

*Après avoir constaté que:*

« 1. Lundbeck (ici les défenderesses) est une société pharmaceutique. Elle est titulaire du brevet européen EP 0 347 066 (dénommé ci-après le ‘EP 066’) portant sur l’escitalopram, substance active d’un antidépresseur commercialisé en Belgique sous la marque Sipralaxa. Ce brevet expire le 1<sup>er</sup> juin 2009.

Le 3 juin 2003, Lundbeck obtient un certificat complémentaire de protection, enregistré sous le numéro 2002/039 (dénommé ci-après le ‘CCP 039’) qui expire 1<sup>er</sup> juin 2014.

2. Par un jugement rendu le 3 octobre 2011, en cause des sociétés Ratiopharm GmbH, Ratiopharm Belgium et Tiefenbacher GmbH contre H. Lundbeck A/S, en présence de la société Teva Pharma Belgium, le tribunal de commerce de Bruxelles prononce la nullité du CCP 039 et dit le jugement exécutoire par provision.

Lundbeck interjette appel de ce jugement par requête déposée au greffe de la cour [d’appel] le 9 novembre 2011. Par un arrêt du 14 février 2012, la cour met cet arrêt à néant en ce qu’il a prononcé l’exécution provisoire et remet la cause à une date ultérieure pour qu’il soit statué au fond. Le 18 avril 2012, Eurogenerics (ici demanderesse) intervient volontairement dans cette affaire. »

*L’arrêt attaqué met l’ordonnance du premier juge à néant et, statuant à nouveau, dit la demande formée par les défenderesses recevable et partiellement fondée.*

*Vu l’urgence et statuant au provisoire jusqu’à ce qu’il soit statué par une décision coulée en force de chose jugée sur*

*l'action en nullité du CCP 039 des défenderesses, l'arrêt attaqué:*

– fait défense à la demanderesse de commettre directement ou indirectement, par l'intermédiaire de tiers des actes de contrefaçon du CCP 039, tels qu'interdits au sens de l'article 27 de la loi sur les brevets d'invention du 28 mars 1984 et notamment, la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées de produits génériques à base d'escitalopram et ce sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par boîte d'Escitalopram EG qui serait fabriquée, offerte, mise dans le commerce, utilisée, importée ou détenue aux fins précitées, 10 jours après la signification de l'arrêt;

– fait défense à la demanderesse de faire tout acte de publicité ou de promotion, y compris sans y être limité, sous forme de communications orales au corps médical, aux pharmaciens et aux grossistes, pour des produits génériques à base d'escitalopram et ce sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par acte de publicité ou de promotion, ou par support publicitaire, dès le lendemain de la signification de l'arrêt;

– fait défense à la demanderesse de distribuer des échantillons d'Escitalopram EG au corps médical, sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par échantillon, dès le lendemain de la signification de l'arrêt.

*L'arrêt attaqué déboute les défenderesses du surplus de leur demande et met les dépens des deux instances à charge de la demanderesse.*

*L'arrêt attaqué fonde sa décision sur les motifs qu'il indique sub IV « Discussion » et plus particulièrement sur les considérations suivantes:*

« 12. Le juge des référés, qui constate que la cause est urgente et décide qu'un dommage immédiat menace le demandeur en référé si une mesure conservatoire déterminée n'est pas ordonnée, n'est pas tenu de répondre de manière plus précise ou plus circonstanciée aux moyens de défense soulevés par la personne à l'égard de laquelle la mesure est demandée et fondés sur le droit matériel (...).

*Il s'en déduit que, dans ces circonstances, le juge peut se borner à examiner si l'existence d'un droit est suffisamment vraisemblable pour ordonner une mesure conservatoire, pourvu qu'il n'applique pas des règles de droit déraisonnables ou refuse déraisonnablement d'appliquer celles-ci dans son raisonnement (...).*

13. Comme le CCP 039 couvre précisément le produit escitalopram, tout produit qui en contient viole *prima facie* les droits exclusifs de Lundbeck fondés sur ce même CCP.

*Il n'est pas contesté que le produit commercialisé par Euro-generics contient de l'escitalopram. Elle revendique d'ailleurs qu'elle en a le droit, en se fondant sur l'autorité de la chose jugée qu'aurait, selon elle, le jugement du 3 octobre 2011 qui a annulé le CCP 039.*

*Ce jugement a été frappé d'appel et son caractère exécutoire a été expressément annulé par l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 14 février 2012 sur la motivation suivante:*

*'L'effet erga omnes d'une décision de nullité (d'un brevet) a pour conséquence que la garantie, prévue à l'article 1398, § 2, du Code judiciaire, contre une exécution provisoire qui s'avère finalement injustifiée ne peut pas offrir une protection efficace. Une fois annulé (ex tune), un brevet/CCP ne peut plus être restauré.*

*L'effet suspensif exprès et exceptionnel du pourvoi en cassation dirigé à l'encontre de l'annulation d'un brevet/CCP prononcée en appel, n'est pas compatible avec l'octroi de l'exécution provisoire pour l'annulation d'un brevet/CCP en première instance.*

*Admettre l'exécution provisoire d'une déclaration de nullité d'un brevet/CCP en première instance ôterait tout son sens à l'effet suspensif exprès du pourvoi en cassation dirigé contre une annulation prononcée en appel, tel qu'il a été prévu par le législateur et est par conséquent contraire à l'article 51 LBI, qui ne vaut pas seulement à l'égard des brevets mais également pour les CCP.*

*La cour [d'appel] décide que l'exécution provisoire de l'annulation du CCP 2002C/039 de l'appelante n'est pas permise par la loi et que c'est à tort que le premier juge a déclaré le jugement litigieux exécutoire par provision nonobstant tout recours et qu'il a autorisé l'exécution provisoire de celui-ci en ce qui concerne l'annulation dudit CCP.*

*Le jugement en cause doit donc être annulé en conséquence'.*

*Déjà, dans son arrêt du 5 janvier 2012 (C.11.0101.N), la Cour de cassation avait dit pour droit que:*

*'En vertu de l'article 106 de la convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens, le recours contre la décision de la division d'opposition a un effet suspensif.*

*Ensuite de cette disposition, la décision de la division d'opposition qui fait l'objet d'un recours n'a aucun effet sur les droits apparents du titulaire d'un brevet, tant qu'aucune décision définitive n'est intervenue dans la procédure d'opposition.*

*Les juges d'appel ont considéré que:*

– il y a lieu d'admettre que le volet belge d'un brevet européen est, à première vue, valable et peut justifier que des mesures provisoires soient prises afin de protéger ce brevet, fût-il sérieusement contesté, tant qu'il n'a pas été déclaré nul par une décision passée en force de chose jugée;

– la décision de la division d'opposition de l'Office européen des brevets du 17 mars 2010 révoquant le brevet, après qu'elle eut d'abord maintenu ce brevet moyennant quelques modifications par une décision du 27 mars 2007, ne s'y oppose pas;

– la défenderesse a, en effet, formé un recours contre cette décision et, en vertu de l'article 106 de la convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens, ce recours a un effet suspensif;

– cet effet suspensif ne peut s'entendre que dans le sens où cette décision de révocation n'a pas d'effet juridique et que le brevet conserve entièrement ses effets, ce qui implique que la défenderesse a et conserve le droit d'invoquer les droits exclusifs qui en résultent en tant que titulaire du brevet.

Ils ont ainsi légalement justifié leur décision.'

Ce qui est valable pour l'opposition l'est également pour la nullité.

Il se déduit de ces deux arrêts que c'est à tort que [la demanderesse] soutient que [les défenderesses] ne pourrai[ent] faire valoir de droits apparents en raison de l'annulation du CCP 039 par le tribunal de commerce de Bruxelles.

Eu égard aux règles spécifiques qui s'appliquent en matière de brevets, le jugement du 3 octobre 2011 (frappé d'appel et non exécutoire) n'a aucun effet juridique sur le CCP 039 qui conserve entièrement ses effets, avec la conséquence, comme le précise la Cour de cassation, que [les demanderesses ont] et conserve[nt] la faculté d'invoquer les droits exclusifs qui en résultent. [Elles sont] donc en droit, *prima facie*, de s'opposer à ce qu'un tiers fabrique, offre, mette dans le commerce ou importe le produit faisant l'objet du brevet.

14. Vainement, [la demanderesse] soutient-elle que les indices de contrefaçon devraient se limiter à la partie du brevet qui concerne le procédé de fabrication qu'elle soutient ne pas contrefaire. Elle s'appuie sur une décision rendue par la cour d'appel de La Haye du 24 janvier 2012.

Pour les mêmes motifs que ceux exposés plus haut, il n'y a pas lieu d'avoir égard à cette décision en ce qui concerne les droits apparents, dès lors qu'un pourvoi en cassation a été introduit contre cette décision.

15. Enfin, [la demanderesse] soutient que son produit contient un sel additif d'acide et qu'il serait l'escitalopramoxalate, nécessitant une étape supplémentaire par rapport à la revendication de méthode 6.

Outre que cette affirmation n'est pas démontrée, elle n'est pas pertinente dès lors [que la demanderesse] ne conteste pas que le produit qu'elle met sur le marché contient de l'escitalopram entrant dans la composition visée par les revendications du brevet.

16. Les droits apparents sont dès lors établis. »

L'arrêt attaqué décide ainsi en substance que le jugement du 30 octobre 2011, parce qu'il est frappé d'appel et n'est pas exécutoire, n'a aucun effet juridique sur le CCP 039 en dépit du fait qu'il prononce la mainlevée de ce dernier.

## Griefs

1. Conformément à l'article 584 du Code judiciaire, le juge des référés peut ordonner des mesures nécessaires à la sauvegarde des droits s'il existe une apparence de droits qui justifie qu'une décision soit prise.

Le juge des référés excède toutefois les limites de son pouvoir lorsque, dans l'examen des droits apparents des parties, il s'appuie sur des règles de droit qui ne peuvent fonder raisonnablement les mesures provisoires qu'il ordonne.

2. L'autorité de la chose jugée est la présomption irréfragable de vérité que la loi attache à la décision du juge. Elle dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe (art. 1349, 1350, 3<sup>o</sup>, et 1352 C. civ.).

3. Toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée (art. 24 C. jud.) et cette autorité subsiste tant que cette décision n'a pas été infirmée (art. 26 C. jud.).

4. Il résulte par ailleurs des termes mêmes de l'articles 51, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention – qui est applicable aux certificats complémentaires de protection en vertu des articles 5 et 15, § 2, des règlements n<sup>o</sup> 469/2009 et n<sup>o</sup> 1768/92 visés au moyen – que « lorsqu'un brevet est annulé, en totalité ou en partie, par un jugement ou un arrêt ou par une sentence arbitrale, la décision d'annulation a contre tous l'autorité de la chose jugée sous réserve de la tierce opposition ».

5. Il suit de là que le jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 3 octobre 2011 annulant le CCP 039 était revêtu d'une autorité de chose jugée « *erga omnes* » (art. 51, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 28 mars 1984 et 5 et 15, § 2, des règlements n<sup>o</sup> 469/2009 et n<sup>o</sup> 1768/92 visés au moyen) dès son prononcé (art. 24 C. jud.) et que cette autorité de chose jugée subsiste tant qu'il n'aura pas été réformé en degré d'appel (art. 26 C. jud.) en sorte qu'il est établi à l'égard et au profit de tous que le CCP 039 est sans effet (art. 1349, 1350, 3<sup>o</sup>, et 1352 C. civ.).

En considérant dès lors que la décision d'annulation du CCP 039 n'avait aucun effet sur les droits apparents découlant pour les défenderesses de ce certificat complémentaire de protection, l'arrêt attaqué méconnaît manifestement la portée de l'autorité absolue de la chose jugée attachée au jugement rendu le 3 octobre 2011 par le tribunal de commerce de Bruxelles (violation des art. 24 et 26 C. jud., 51, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention et art. 5 et 15, § 2, des règlements n<sup>o</sup> 469/2009 et n<sup>o</sup> 1768/92 visés au moyen) ainsi que la portée de la présomption légale attachée à l'autorité de la chose jugée (violation des art. 1349, 1350, 3<sup>o</sup>, et 1352 C. civ.).

De la sorte, l'arrêt attaqué s'est appuyé, à l'occasion de l'appréciation provisoire des droits des parties, sur une règle de droit qui ne pouvait raisonnablement fonder sa décision et a, dès lors, violé l'article 584, alinéa 2, du Code judiciaire ainsi que les autres dispositions visées au moyen.

### III. La décision de la Cour

Conformément à l'article 584 du Code judiciaire, le juge des référés peut ordonner des mesures nécessaires à la sauvegarde des droits de la partie demanderesse s'il existe une apparence de droits qui justifie qu'une telle décision soit prise. Il excède les limites de ses pouvoirs lorsque, dans l'examen des droits apparents des parties, il s'appuie sur des règles de droit qui ne peuvent fonder raisonnablement les mesures provisoires qu'il ordonne.

Aux termes de l'article 24 du Code judiciaire, toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée et, aux termes de l'article 26 de ce code, l'autorité de chose jugée subsiste tant que la décision n'a pas été infirmée.

Toutefois, tant que la décision n'est pas passée en force de chose jugée, c'est-à-dire tant qu'elle demeure susceptible d'opposition ou d'appel, son autorité de chose jugée est conditionnelle. L'éventualité d'admission d'une voie de recours n'anéantit pas l'existence de la décision mais soumet celle-ci à l'aléa d'une réformation qui en serait la suite.

Aux termes de l'article 51, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, lorsqu'un brevet est annulé, en totalité ou en partie, par un jugement ou un arrêt ou par une sentence arbitrale, la décision d'annulation a contre tous l'autorité de la chose jugée sous réserve de la tierce opposition.

Suivant l'alinéa 2 de cette disposition, les décisions d'annulation ne sont toutefois inscrites au registre des brevets d'invention tenu par l'Office de la propriété intellectuelle que lorsqu'elles sont passées en force de chose jugée.

En vertu de l'article 1397 du Code judiciaire, sauf les exceptions prévues par la loi, l'appel formé contre le jugement définitif en suspend l'exécution.

Aux termes de l'article 51, § 2, de la loi du 28 mars 1984, en cas d'annulation des brevets, le pourvoi en cassation est suspensif. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 28 mars 1984 que le législateur a adopté cette disposition vu la gravité de la décision d'annulation car le tribunal ne peut restaurer un brevet annulé.

Il s'ensuit que le juge des référés, appelé à interdire provisoirement des actes de contrefaçon, peut raisonnablement, pour établir l'existence des droits apparents de la demanderesse, avoir égard au brevet européen dont elle est titulaire même s'il a été annulé par une décision du tribunal de commerce, aussi longtemps qu'il n'a pas été statué définitivement sur l'appel dirigé contre cette décision d'annulation.

Le moyen, qui soutient le contraire, manque en droit.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de 685,80 EUR envers la partie demanderesse et à la somme de 409,97 EUR envers les parties défenderesses.

(...)

### Note

Zie noot Patricia CAPPUYNS onder Cass. 5 januari 2012, p. 499.